

CONFIGURACIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN COLOMBIA COMO CAUSAL DE ANULACIÓN DE LAUDOS ARBITRALES AD-HOC EN CONCIENCIA*

CONFIGURATION OF THE CONTROL OF CONVENTIONALITY IN COLOMBIA AS A CAUSE OF CANCELLATION OF ARBITRAL AWARDS AD-HOC IN CONSCIENCE

Diana Julieth López Rodríguez y Zulay Tatiana Ojeda Sánchez

Resumen: el presente trabajo de investigación estudia figuras como la aplicación del control de convencionalidad en los tribunales arbitrales y en los laudos arbitrales, acudiendo al estudio del derecho comparado, realizando un análisis a los sistemas regionales de protección de los derechos humanos en América, Asia, África y Europa para así evidenciar el grado de importancia que ha tomado el desarrollo del Control Convencional a tal punto de poderse configurar en Colombia como una de las situaciones excepcionales en que se podría generar anulación de laudo arbitral, para el caso de los proferidos en conciencia y en la modalidad ad-hoc.

PALABRAS CLAVES: laudos arbitrales, control de convencionalidad, convención americana de derechos humanos, convención europea de derechos humanos, anulación, ad-hoc.

Abstract: The present research studies figures such as the application of conventionality control in arbitral tribunals and arbitration awards, turning to the study of comparative law, making an analysis of regional systems for the protection of human rights in America, Asia, Africa and Europe in order to demonstrate the degree of importance that the development of Conventional Control has taken to such an extent that it can be configured in Colombia as one of the exceptional situations in which annulment of an arbitral award could be generated, in the case of those uttered in conscience and in the ad-hoc modality.

Keys words: arbitration awards, conventionality control, American human rights convention, European convention on human rights, annulment, ad-hoc

* Artículo de investigación presentado como opción de grado. Diplomado Corte Interamericana de Derechos Humanos.

INTRODUCCIÓN:

El control de convencionalidad se constituye como una figura para la protección de los sistemas regionales de derechos humanos en el mundo, es así como en Europa se ha llegado a desarrollar este mecanismo por medio del tribunal Europeo de derechos humanos, convirtiéndose en el primer laboratorio de convencionalidad en el mundo, siguiendo así América con la corte interamericana de derechos humanos y África con la corte africana de derechos humanos, evidenciando la importancia que han dado los sistemas jurídicos del mundo a la protección internacional de los derechos humanos, haciendo a un lado el poco interés de países como los asiáticos y los árabigos que aun en el siglo XXI no han desarrollado un mecanismo de protección regional para los derechos humanos en donde exista una aplicación del control de convencionalidad.

Por otro lado se encuentra el arbitraje, constituido hoy en día como un mecanismo alternativo de solución al proceso, en donde las partes habilitan transitoriamente a un tercero para que decida la controversia suscitada, en el mundo jurídico del arbitraje, las partes crean un estadio jurídico, los árbitros están habilitados y limitados por el pacto arbitral y es esta situación la que ha planteado interrogantes en cuanto a la aplicación del control de convencionalidad en materia arbitral, pues el control de convencionalidad y el arbitraje son instituciones de naturaleza distinta, mientras en el arbitraje se estudia si se ha incumplido una cláusula contractual contenida en un contrato o en acuerdo, la corte interamericana estudiara si ese laudo arbitral emitido por un tribunal arbitral y ejecutada por el estado viola alguna disposición o norma convencional del pacto de costa rica u otros instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por el estado.

Como se establece en el titulo la aplicación de esta figura ha sido poco estudiada, está cubierta por una niebla legal lo cual ha impedido que exista una interpretación unánime e integral en los ordenamientos jurídicos del mundo con respecto a la actuación del árbitro como un juez convencional, si debe o no, estar sometido a lineamientos jurisprudenciales que

han establecido los distintos sistemas regionales de protección de derechos humanos en el mundo.

El panorama jurídico en Colombia no es distinto, pretender incorporar cláusulas que se interpreten en armonía con instrumentos internacionales de derechos humanos o normas convencionales a un panel arbitral, pareciera ilusorio pues para el arbitraje lo que interesan son aspectos económicos, evidenciándose que en el proceso arbitral existe una fragmentación jurídica en cuanto a la aplicación del control de convencionalidad, situación que toma el semillero de gran importancia, al plantearse el siguiente interrogante:

¿Qué sucede si un laudo arbitral es violatorio de derechos humanos o de alguna norma convencional contenida en un tratado internacional que ha ratificado un estado?, ¿será posible acudir al sistema interamericano para declarar que un laudo arbitral es violatorio de normas convencionales, en aquellos casos en que el ordenamiento jurídico nacional ha ignorado aplicar el control de convencionalidad a un laudo arbitral?, ¿está habilitado el árbitro para actuar como juez convencional en el ordenamiento jurídico colombiano?

De otro lado, aparecen figuras en el arbitraje nacional colombiano que son permitidas por el Estatuto Arbitral Nacional e Internacional como lo son el de proferir laudo en equidad y que además en la modalidad ad-hoc, que básicamente involucra un modelo procedimental autónomo que es creado por las partes y en donde se puede ver hay gran prevalencia del concepto de autonomía de la voluntad de las partes, según sea el caso y el ámbito en el que se está desarrollando el respectivo arbitramento.

En Colombia, existe un recurso para poder dejar sin efectos un laudo arbitral, denominado anulación de laudos arbitrales, pero es extraordinario, exclusivo del arbitraje y además taxativo en la operación o configuración de sus causales, las que además tienen un tinte procedimental y no sustancial, como es conocido en el contexto que respecta a este mecanismo alternativo al proceso judicial en el ordenamiento jurídico nacional. Por lo que esta investigación pretende responder a si teniendo en cuenta el desarrollo constitucional y del control convencional que se ha tenido en Colombia en los últimos años, este control

podría terminar convirtiéndose en otra vía de anulación de laudos arbitrales, tal y como ha sucedido para el caso de la petición de tutela.

Para responder al anterior interrogante se planteará el siguiente esquema o plan de redacción:

En el primer capítulo se establecen nociones básicas del control de convencionalidad y sus diferentes tipos de aplicación como lo es el control de convencionalidad concentrado y el control de convencionalidad difuso, así mismo se estudiara el desarrollo de esta figura procesal internacional en los ordenamientos jurídicos del continente de América, Europa, Asia y África, para posteriormente aterrizar al estudio del ordenamiento jurídico colombiano.

En el segundo capítulo se estudian aspectos básicos de los laudos arbitrales, proporcionando una definición de esta institución, sus características, sus diferencias y semejanzas con la sentencia judicial, los medios procesales establecidos en el ordenamiento jurídico colombiano para su revisión y anulación y la aplicación del control de constitucionalidad y del control de convencionalidad en el arbitraje, para que se muestre al lector de la niebla legal que existe, para que los árbitros deban actuar como jueces constitucionales y jueces convencionales, es decir deben interpretar los contratos y tratados establecidos entre las partes con respecto a si contradicen normas constitucionales y normas convencionales.

En el tercer capítulo, se estudian según precedentes del derecho internacional el desarrollo del control de convencionalidad de los laudos arbitrales en el continente de América, Europa, Asia y África, para evidenciar como se debe aplicar dicho control de convencionalidad en el sistema judicial colombiano, así mismo el análisis de cómo se desarrolla esta figura en el derecho comparado permite establecer que mecanismos procesales proceden en aquellos casos en que un laudo arbitral es violatorio de normas convencionales y disposiciones internacionales.

Este capítulo también, para evidenciar si es posible incorporar este mecanismo como una aplicación del control de convencionalidad que también deben realizar los árbitros y

jueces desde una perspectiva de un derecho convencional más avanzado, doctrina y jurisprudencia de sistemas judiciales como el europeo.

La investigación finaliza con las propuestas a las cuales se llega luego de haberse estudiado el derecho comparado del control de convencionalidad de los laudos arbitrales en el mundo y de cómo debe realizarse este en el sistema jurídico colombiano y americano, para así posteriormente emitir algunas conclusiones.

1. El control de convencionalidad

1.1 Nociones del control de convencionalidad concentrado en América: Una visión comparada con el desarrollo de la figura en Europa

Si bien el control concentrado de convencionalidad, el que se ha denominado por varios sectores como restrictivo, debería en América tener como artífice y protagonista a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es bastante importante evidenciar que si bien para muchos de los casos que marcan la pauta en América, dicho Tribunal es el protagonista pues el control concentrado evidentemente parte de lo que se venía haciendo en Europa y que es estudiado por el profesor, Néstor Pedro Sagúes estando en Alemania. Por ejemplo uno de los precedentes de este control se da en Francia en el año de 1975, en España en 1997, en Alemania en el 2010, en donde se logra hacer una comparación entre el control de convencionalidad tanto en América como en Europa:

1. El control de convencionalidad es doble en dos sentidos. Por un lado, puede ser ejercitado (i) por el órgano máximo de un sistema convencional de derechos humanos, o comunitario en general, y también (ii) por los jueces nacionales. Por otro, impone (i) invalidar normas o actos nacionales contrarios al sistema, y además, (ii) hacerlos operar de conformidad al mismo. Naturalmente, con respeto al derecho (doméstico o internacional) más favorable a la persona.

2. En el caso interamericano, el control de convencionalidad ha sido postulado y exigido reiteradamente, en más de una docena de casos, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como tarea suya y de los jueces nacionales. Obliga a inaplicar el derecho local opuesto al Pacto de San José de Costa Rica y a la jurisprudencia de la Corte sobre el

mismo, y a hacer funcionar al derecho interno conforme a esos parámetros. Al enunciarlo, la Corte no se ha fundado en los precedentes europeos entonces ya existentes y en funcionamiento.

3. En el caso europeo, sus protagonistas y artífices son dos, aunque con distinta intensidad: a) el actual Tribunal de Justicia de la Unión Europea (antes, de las comunidades europeas), situado en Luxemburgo, en resguardo del derecho comunitario, se habilita a sí mismo y a los jueces nacionales para inaplicar al derecho nacional contrario al primero. Es la versión más dura del control de convencionalidad, según el ya emblemático caso *Simmenthal*. b) El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (llamado también Corte Europea de Derechos Humanos), con sede en Estrasburgo y dentro del Consejo de Europa, practica control de convencionalidad por sí, pero no exige que los jueces nacionales inapliquen el derecho local contrario al convenio europeo de derechos humanos

4. En diferentes ámbitos jurídicos europeos se propicia una tendencia evolutiva, y de vez en cuando se la practica, en favor de un control de convencionalidad por los jueces ordinarios, aún dentro del sistema del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

5. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, más similar por su conformación jurídica al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha exigido, sin embargo, a los jueces nacionales un amplio, fuerte y apremiante control de convencionalidad, más parecido al demandado a los jueces nacionales de los países de la Unión Europea, por el Tribunal de Justicia de dicha Unión. Así, el caso líder *Almonacid Arellano*, de la Corte Interamericana, puede ser visualizado como la versión (tal vez aumentada) hemisférica americana del caso europeo *Simmenthal*. En los dos ámbitos, el juez nacional funciona básicamente como agente u operador del sistema regional respectivo.

6. En términos comparativos, puede sostenerse que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos está registrando, en particular en los últimos años, y merced de la doctrina del control de convencionalidad, una penetración más acentuada y exigente del derecho regional de los derechos humanos en los Estados nacionales, que la producida en los medios europeos.

7. Puede concluirse en que, en lo esencial, y tanto en Europa como en el caso interamericano, el control de convencionalidad doble (por las cortes inter o supranacionales, y por los jueces nacionales) responde a una construcción jurisprudencial que ha realizado una

interpretación mutativa por adición a los textos originales que instrumentaron a los tribunales del caso.

8. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha resultado tal vez más precisa en el enunciado de la doctrina del control de convencionalidad a practicar por los jueces nacionales, aunque lo ha hecho de modo evolutivo y progresivo, por lo que resulta obligado concordar las sentencias clave que paulatinamente lo han ido delimitando. Al respecto, ha explicitado ciertos mecanismos procesales y sustantivos para verificarlo (actuación a pedido de parte o de oficio, normas sometidas al escrutinio, consecuencias del acto de control), en tanto que ha dejado otras cuestiones parcialmente indefinidas (el punto más preocupante, sin duda, es el de los sujetos que deben llevarlo a cabo: si todos los jueces, como propicia la mayoría de la doctrina especializada, o solamente los habilitados para realizar control de constitucionalidad). Pero en definitiva, puntos oscuros aparte, los jueces nacionales tienen directrices bastante suficientes acerca de qué deben hacer al respecto. Las fórmulas empleadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en algunos aspectos, no han sido tan concretas.

9. Mediante el control de convencionalidad, con su doble rol de purificar el sistema en juego de normas y prácticas nacionales opuestas a él, y de guiar el funcionamiento (interpretación y aplicación) de estas últimas según las pautas del sistema inter o supranacional, es factible construir un nutrido *ius commune* regional en derechos humanos, realizado conjuntamente por el tribunal u órgano inter o supranacional, y los jueces nacionales. Su éxito depende de dos factores: la legitimidad intrínseca del *ius commune* así elaborado, y la voluntad de seguimiento por parte de los estados miembros del sistema regional.

10. La idea de un derecho internacional, o en su caso, supranacional o comunitario, que se imponga automática e irremisiblemente a los derechos nacionales (en particular, a las constituciones locales), y cuya primacía tenga que ser implementada siempre y *a fortiori* por los tribunales internos, mediante el control de convencionalidad, no es una tesis que impere de modo concluyente en Europa, por más que haya sido pregonada por los órganos más relevantes de la jurisdicción supranacional o comunitaria allí imperantes. Existen diversas modalidades nacionales para realizar un filtro o test de constitucionalidad (en particular, con los tramos más fundamentales de la constitución), de aquel derecho internacional,

supranacional o comunitario, y de vez en cuando, de las sentencias de aquella jurisdicción europea superior. En el sistema interamericano, explícita o indirectamente, en algunos Estados se plantea una posición precautoria parecida, o incluso, ocasionalmente, de “nacionalismo constitucional absoluto” o rígido (en el fondo, alérgico al control de convencionalidad), aunque en otros el control de convencionalidad reclamado por la Corte Interamericana tiende a ser severo y firme, por encima de las disposiciones constitucionales.

11. Un recurso muy empleado en el derecho europeo, en particular en Alemania, Francia y España, es el empleo de la interpretación “conforme” del derecho nacional, incluyendo el constitucional, con los tratados de derechos humanos, a fin de evitar la confrontación entre el primero, con los segundos. Tal técnica de adaptación, y de exégesis armonizante, algunas veces casi forzada, puede evitar declaraciones de inconvencionalidad de normas domésticas, o actitudes evasivas de los convenios por parte de los estados. Se trata de un mecanismo básicamente funcional, incluso propiciado por la Corte Interamericana en *Radilla Pacheco* y otros veredictos posteriores, y que, inteligentemente aplicado, se muestra provechoso para soslayar choques frontales y resolver con criterio práctico situaciones conflictivas.

12. Queda claro que el control de convencionalidad no se ciñe a la tutela de la Convención Americana de Derechos Humanos, del Tratado de Lisboa y sus complementos, o del Convenio Europeo de Derechos Humanos, aunque en estos supuestos es más evidente porque hay organismos jurisdiccionales, supranacionales o internacionales, de custodia de esos instrumentos, que dictan resoluciones con pretensiones jurídicas de obligatoriedad. También puede haber control de convencionalidad respecto de otros convenios, como los pactos internacionales de derechos civiles y políticos y de derechos económicos y sociales, *v. gr.*

13. El control de convencionalidad interamericano, en materia de derechos económico-sociales, es todavía incipiente, aunque existan significativos avances en materia de derecho de familia, del niño y la mujer, de propiedad comunal aborígen, libertad sindical y derecho a una vida digna, entre otros temas. (Sagues, 2015)

Se puede definir el control de convencionalidad como el acto de control que efectúa el juez nacional en cuanto a la conformidad de la norma interna respecto de la norma internacional y, más específicamente, en cuanto a la conformidad de la ley a los tratados

internacionales respecto de los cuales el Estado ha consentido en obligarse (Aguilar Cavallo, 2013).

Es así como alguna parte de la doctrina internacional ha establecido que el control de convencionalidad no solo opera ante la interpretación de normas contenidas en tratados sino también en las interpretaciones que se hacen a través de distintos instrumentos internacionales de derechos humanos, así como también las misma opiniones consultivas o las recomendaciones y observaciones del comité de derechos humanos de las naciones unidas, cuando en base a una norma de una convención internacional de derechos humanos que ha sido ratificada por un estado, emiten recomendaciones para adecuar las legislaciones nacionales a los parámetros convencionales de los tratados ratificados.

1.2 Control de Convencionalidad Difuso

Si bien el control de convencionalidad en el mundo se tiene concebido a partir del control que realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos frente a la Convención Americana de Derechos Humanos, esta ponencia a partir de la creencia que el control se expande en el mundo como una figura que también pueden realizar otros tribunales y frente a la aplicación de otras convenciones también pretende exponer que esta figura no solo es concentrada sino también se pueden encontrar en América diferentes ejemplos de la modalidad que se ha denominado difusa en el tiempo.

Por ejemplo, en México existe evidentemente control de convencionalidad difuso tal y como lo explica Luis Fernando Angulo Jacobo (Angulo Jacobo, 2013) en los siguientes términos y que también ratifican estudios de estudiosos como Eduardo Ferrer Mac Gregor (Ferrer Macgregor, 2010):

A partir de la determinación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el caso “*Rosendo Radilla Pacheco Vs. Estados Unidos Mexicanos*” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2009) y de la resolución de la SCJN al decidir sobre la consulta presentada por el Ministro Guillermo Ortiz Mayagoitia (PJF) ante dicha sentencia, todos los juzgadores mexicanos, tanto aquellos que pertenecen al fuero federal como los del fuero común, se encuentran obligados a aplicar e interpretar los tratados internacionales de la manera más beneficiosa para la persona.

Paralelamente, la reforma al artículo primero constitucional, la cual modifica nuestra Carta Magna a efecto de elevar a rango constitucional la obligación de interpretar en todo momento a dicha norma a la luz de los tratados internacionales en materia de derechos humanos para favorecer en todo tiempo la protección más amplia de las personas.

A raíz de lo anterior, el control de constitucionalidad y de convencionalidad concentrado pasó a ser un control difuso, que permite a todos los juzgadores del país aplicar, analizar e interpretar los derechos humanos, su protección y cumplimiento dentro de las normas secundarias. Es por esto, que el perfil del juzgador mexicano ha cambiado radicalmente, requiriendo a personas capacitadas no solo en la aplicación irrestricta de las normas jurídicas, sino en la interpretación, protección y defensa de los derechos humanos a nivel nacional e internacional.

En Chile, la figura del control de convencionalidad también ha tenido un importante desarrollo con el precedente de Chile, lo cual explica Williams Valenzuela Villalobos de la siguiente manera:

La entrega de una solución adecuada y justa, en el orden interno, impide que el justiciable se vea expuesto a un extenso proceso ante el sistema interamericano y, al mismo tiempo, implica dotar y llenar de contenido la labor de la judicatura, que está obligada a aplicar el ordenamiento vigente, del cual forman parte los tratados internacionales, ratificados y que se encuentren vigentes; asimismo, no debemos olvidar que vía inciso segundo del artículo 5 de la Constitución, dichos instrumentos en materia de derechos humanos, además, limitan el ejercicio de la soberanía estatal. En dicha línea, la tarea de conocer, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado debe ser conforme a derecho, debiendo y pudiéndose aplicar directamente las normas internacionales, incorporadas al derecho interno. En efecto, no debemos olvidar que los derechos recogidos en dichos instrumentos se incorporan válidamente al derecho interno, pasando a ser parte del ordenamiento jurídico vigente del Estado de Chile (Valenzuela Villalobos, 2015).

Desde Argentina y planteando la misma perspectiva de aceptación del control de convencionalidad difuso en países como Uruguay, Panamá, Costa Rica y otros ya mencionados, Nestor Pedro Sagúes explica:

La duda nace porque en algunas sentencias, como en *Trabajadores cesados del Congreso*, la Corte Interamericana, al describir el control de convencionalidad, explica que

“los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad... evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes”. Acto seguido aclara que el control debe verificarse teniendo en cuenta los presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de este tipo de acciones (considerando 128). Estas frases pueden entenderse, en una primera aproximación, como que reserva el aludido test de convencionalidad a los jueces que practican el control de constitucionalidad, y siempre dentro de los cánones y moldes rituarios nacionales pertinentes.⁸ Si así fuera, el juez no autorizado para invalidar a normas inconstitucionales (como ocurre con el juez ordinario en Uruguay, Panamá, Costa Rica, Chile, y en buena medida en México, *v. gr.*), tendría que remitir el expediente donde apareciera una cuestión de convencionalidad, al órgano jurisdiccional habilitado para concretar lo primero. Lo que resultaría jurídicamente absurdo, eso sí, es que nadie practicase, en el ámbito nacional, dicha faceta del control de convencionalidad.

Paralelamente, cabe alertar que para realizar el control de convencionalidad “constructivo” o “positivo”, todo juez está autorizado (y obligado, añadimos), para ello, ya que en tal hipótesis no va a declarar inconveniente a ninguna norma, es decir, no va a invalidarla, sino que solamente va a hacer funcionar e interpretar a un precepto del derecho interno según el Pacto de San José y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, circunstancia que está suponiendo que la norma nacional del caso puede ser compatible con estos parámetros, y que se la adapta a ellos. Esta tesis, que habíamos anticipado, es básicamente compartida por el juez *ad hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor en su ilustrado voto concurrente y razonado, en *Cabrera García-Montiel Flores*. (Sagues, 2015)

Es así como este tipo de control se ha definido como, “una nueva manifestación de la “constitucionalización” o “nacionalización” del derecho internacional dado que “los jueces nacionales se convierten en “guardianes” de la convencionalidad” (Ferrer Macgregor, 2010). En vista de lo anterior, constituye un deber de los jueces internos al aplicar, a un caso concreto, “los tratados internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos por extensión, la orientación que también brinden las decisiones emitidas por otros organismos internacionales en materia de protección de derechos humanos” (Benavente Chorrer, 2012). De forma que los jueces internos dejarían de ser exclusivamente “aplicadores de la ley nacional, sino que tienen además, una obligación de realizar una

“interpretación convencional”, verificando si dichas leyes que aplicaren a un caso particular, resultan “compatibles” con la CADH” (Ferrer Macgregor, 2010).

1.3 Control de Convencionalidad Concentrado

El Control de Convencionalidad Concentrado es aquel que, en palabras de García (García Ramírez, 2011), Incumbe, original y oficialmente, a la Corte IDH cuando se trata de examinar casos de los que aquélla conoce y a los que aplica normas conforme a su propia competencia material. De ahí que haya aludido a un control propio, original o externo.

Lo anterior puede explicarse en los términos en que lo hace este mismo autor, actuando como magistrado, en su voto razonado concurrente a propósito de Caso Tibi v. Ecuador, cuando establece lo que implica este control concentrado mediante una analogía con las jurisdicciones internas, al decir que “si los tribunales constitucionales controlan la “constitucionalidad”, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la “convencionalidad” de esos actos” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2004); misma función que desde sus primeras sentencias ha realizado la Corte IDH, toda vez que para determinar una violación necesariamente acude a la convención para aplicarla al caso concreto. Bajo este entendido, por vía jurisprudencial la Corte IDH se ha autonombrado como el único y máximo intérprete de dicha Convención.

2. Los laudos arbitrales

2.1 Nociones Generales

Es menester hacer mención de antemano del arbitramento como mecanismo alternativo de solución de conflictos fundamentado en el contenido del artículo 116 de la Constitución Política colombiana en donde se establece que: “ Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados

en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.” (negritas añadidas) Erigiéndose entonces de manera paralela a la administración de justicia impartida por el Estado, la vía arbitral para dirimir conflictos que por lo general son emanados de una relación negocial o contractual, asuntos que cabe decir son de libre disposición autorizados por la ley, en pro de la descongestión de los despachos judiciales.

Hablar de laudos arbitrales, como es de suponerse, advierte la preexistencia de un proceso arbitral regido por una base principialística de la que se predica imparcialidad, idoneidad, celeridad, igualdad, oralidad, publicidad y contradicción, en congruencia con el artículo 1 de la Ley 1563 de 2012. Proceso que a su vez, es producto de un acuerdo entre las partes denominado pacto arbitral o pacto compromisorio contenido en la cláusula compromisoria o compromiso. De allí que el principio de la autonomía de la voluntad sea el soporte sobre el cual se edifica el sistema de arbitramento en Colombia.

Dentro del marco jurídico colombiano sobre el arbitraje, el enunciado normativo del mismo artículo 1 *Ibidem*, le define al laudo arbitral como “la sentencia que profiere el tribunal de arbitraje”.

En conclusión, el laudo arbitral es el fallo que los árbitros profieren para dar fin a situaciones litigiosas, obligando a las partes que voluntariamente acuerdan optar por la vía alternativa de solución de conflictos.

2.2 Características

El sentido del laudo arbitral puede ser en derecho, en equidad o técnico. Debe estipularse en el pacto, en caso contrario se entiende que se trata de un laudo arbitral en derecho, conforme al artículo 3 del Estatuto Arbitral.

“El laudo en derecho conlleva que para la decisión los árbitros deben apoyarse en la normatividad sustancial y procesal pertinente y seguir en un todo los derroteros fijados en las correspondientes disposiciones.” (Lopez Blanco, 2017)

“la providencia será en equidad cuando: a) El juez o el árbitro inaplica la ley al caso concreto porque considera que ella es inicua o que conduce a una iniquidad; b) El juez o el árbitro busca por fuera del ámbito de la ley una solución al caso controvertido” (Lopez Blanco, 2017)

El laudo técnico por su parte, dirime conflictos que versan sobre cuestiones atinentes a aspectos técnicos o artísticos, por lo cual los árbitros serán expertos en la ciencia, arte u oficio que requiera el caso en concreto.

Independientemente del sentido del fallo, los árbitros al estar investidos provisionalmente por mandato constitucional de la facultad de la administración de justicia, deben también actuar conforme al bloque de constitucionalidad, sin violar disposiciones constitucionales.

Laudo arbitral no es sinónimo de laudo arbitrario, por tanto, independientemente del sentido del fallo, es decir, si es en derecho, en equidad o técnico, debe ser respectivamente motivado.

2.3 Ejecución

La ejecución de los laudos arbitrales es uno de los principales retos del Tribunal de Arbitramento, por cuanto mientras los dos aristas de las teorías Contractualista y Jurisdiccional se pelean frente a cuál debe ser la esquina de entendimiento de ambas figuras: una extremista de aplicación de lo que se entiende frente a la habilitación de las partes refleja el pacto arbitral y otra que evidentemente desnaturaliza el arbitraje sometiendo el mismo a todos los controles de la vía jurisdiccional. Hay que recordar que dicha disputa debe pasar a ser una tendencia pasada y que debe superarse teniendo en cuenta las virtudes de cada una de las posturas para hacer que el laudo proferido realmente sea ejecutable. Lo anterior, por cuanto si bien el árbitro como particular tiene el poder de decisión por ser un medio heterocompositivo pues no tiene el de ejecución como sucede con los jueces y que además la figura no debe confundirse con el exequatur como por años se vivió en Colombia desconociendo lo que establece la Convención de Nueva York, según sea el caso.

2.4 Anulación

Frente a la anulación solo resta afirmar que como se ha venido diciendo alrededor de la ponencia si bien la ley 1563 de 2012 lo ha concebido como un recurso, esto no se comparte por cuanto si revisa la figura no existe una segunda instancia arbitral diseñada para estructurar el mismo y además este simplemente reviste una revisión de aspectos formales, argumento que puede ser demostrado simplemente con la revisión del Estatuto Arbitral en Colombia.

Tal y como lo explica el profesor, HERNAN HERRERA MERCADO. “las causales de anulación del laudo arbitral están centradas en aspectos de carácter formal, relativos, esencialmente a casos de defectos del convenio arbitral, resolución de controversias no incluidas en el convenio arbitral y vicios concernientes al cumplimiento del procedimiento (Herrera Mercado, 2014)”.

2.5 Revisión

Respecto del recurso de revisión de los laudos arbitrales hay que afirmar que al igual que la anulación no puede utilizarse como una segunda instancia, ni tampoco se tiene como recurso sino como acción y además por ser extraordinario tiene unas causales taxativas que no están relacionadas en sí mismas con poder discutir de fondo el asunto en los casos que por ejemplo se haya decidido en contravía de una Pacto como el de San José de Costa Rica.

Lo anterior se puede evidenciar en este breve recuento de lo que se refiere a las causales de procedencia de este mecanismo: “La causal tipificada en el numeral 1, permite corregir circunstancias no conocidas – aparición de documentos esenciales – al momento de proferirse el laudo o la providencia que se resuelve el recurso de anulación, y que de haber sido conocidas, hubieran dado lugar a un fallo distinto; las causales consagradas en los numerales 2,3,4 y 5, se fundan en la necesidad de obtener una decisión en torno al arbitramento conforme a derecho, frente a la ocurrencia de hechos delictivos o fraudulentos que fueron decisivos en la adopción del laudo arbitral o la sentencia de anulación que se busca dejar sin efectos; por su parte la causal 6, busca restablecer el debido proceso, al permitir desconocer el fallo producto de una colusión u otra maniobra fraudulenta de las partes en el proceso alusivo al arbitraje; a su vez la causal 8, permite corregir una nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso que no era susceptible del recurso; y

finalmente, la causal número 9, protege tanto el debido proceso como la intangibilidad de la cosa juzgada, desconocida con la decisión que es objeto de revisión.” (Herrera Mercado, 2014)

2.6 Control Constitucional

Entendido como la garantía Constitucional que ampara los derechos fundamentales de quienes son susceptibles a la decisión del Laudo Arbitral, de acuerdo a las características propias del proceso arbitral, considerando que es necesario tener en cuenta que aunque las decisiones de los árbitros son ejercicio de una función jurisdiccional, por expreso mandato legal no están sujetas al trámite de segunda instancia, pero frente a esta situación existen mecanismos de defensa ordinarios como el de Anulación en materia civil, comercial y contencioso administrativo y el de Homologación en materia Laboral, también el recurso extraordinario de revisión que procede contra la providencia que resuelve los recursos ordinarios, solo que estos mecanismos no siempre son idóneos para garantizar los derechos fundamentales de las partes, debido a que son de naturaleza restringida.

Por esta razón al aplicar el Control Constitucional la Corte ha sido clara en afirmar que si bien es cierto que cuando los mecanismos de defensa judicial de los que disponen las partes para ejercer su derecho de defensa se encuentran en curso o no se han agotado, la acción de tutela contra una providencia judicial es improcedente, sin embargo al analizar la idoneidad de los mecanismos ordinarios y extraordinario de defensa que procede contra violaciones de derechos fundamentales que tienen lugar en laudos arbitrales no siempre son eficaces para ampararlos oportunamente, toda vez que las causales por las que proceden son taxativas y de interpretación restringida, adicionalmente las causales del recurso de anulación se relacionan con asuntos estrictamente procesales.

Ejemplo claro de lo anterior se manifiesta en la sentencia T-972 de 2007, en la que la Corte aborda una acción de tutela promovida contra un laudo arbitral contra el que el tutelante aún no había interpuesto el recurso de anulación, pero se observó que los vicios que se le atribuía al laudo arbitral no encuadraban dentro de las causales taxativas del recurso de anulación, por tal motivo se concluyó que el recurso no era un mecanismo judicial idóneo

para la protección oportuna de los derechos fundamentales en tal sentido la Corte considero lo siguiente:

“No obstante tal conclusión no puede entenderse como una regla absoluta, pues en ciertos casos cuando el recurso de anulación es manifiestamente ineficaz para subsanar los defectos alegados por el peticionario en sede de tutela, es desproporcionado e irrazonable requerir su agotamiento previo para acudir al mecanismo judicial, pues tal exigencia supondría poner en marcha un proceso judicial manifiestamente inconducente y sin posibilidades de satisfacer las pretensiones reclamadas, especialmente por el carácter extraordinario del recurso de revisión que limita la competencia de la jurisdicción para examinar el laudo arbitral a las causales estrictamente señaladas por la ley. Una exigencia en tal sentido sería abiertamente contraria a los principios que rigen la administración de justicia señalados por el artículo 228 constitucional.

Lo anterior no significa que se exima a los demandantes de cumplir con el agotamiento de los medios judiciales a su disposición para atacar los laudos, especialmente el recurso extraordinarios de anulación, antes de acudir a la acción de tutela, por el contrario se insiste en que esta carga sigue siendo la regla general para que proceda la garantía constitucional contra un laudo arbitral, sin embargo, en ciertos casos, cuando los medios judiciales sean manifiestamente ineficaces para controvertir los defectos alegados en sede de tutela, por no encajar éstos dentro de las causales legalmente señaladas, podrá acudirse directamente al amparo constitucional.

Corresponderá entonces al juez de tutela, en cada caso concreto, determinar si el demandante debía agotar previamente los medios judiciales a su disposición para controvertir el laudo arbitral de conformidad con lo antes señalado.” (Corte Constitucional, 2007)

En un mismo sentido en la sentencia T-058 de 2009, la Corte al revisar una acción de tutela interpuesta por persona jurídica contra un laudo arbitral contra el que se encontraba en curso un recurso de anulación, no hacia improcedente la tutela, toda vez que este recurso no es el mecanismo idóneo para la protección de derechos fundamentales, así que no se opone a la interposición simultanea de la acción de tutela con otras acciones judiciales, cuando su finalidad y alcance son distintos, como ocurre en el caso expuesto, así la Corte manifestó:

“5.7.1 Ahora bien, como lo ha expresado esta Corporación, los mecanismos de control del procedimiento arbitral no fueron diseñados por el legislador para revisar integralmente la controversia resuelta por los árbitros, como podría ocurrir si se tratara de una segunda instancia en virtud del recurso de apelación. Es más, por ejemplo, las causales para acudir al recurso de anulación son limitadas si se comparan con las motivaciones que se pueden alegar y sustentar durante el trámite del recurso de apelación. Incluso, la Corte ha precisado que ‘los jueces de anulación deben restringir su estudio a las causales específicamente invocadas por los recurrentes, dentro del marco restrictivo fijado por el legislador.’ (Corte Constitucional, 2009)

Así mismo al estudiar una demanda de tutela en la sentencia T-790 de 2010, en la que la controversia provenía de un defecto orgánico al conocer de un asunto a pesar de haber perdido ya competencia para ello, se consideró que el recurso extraordinario de revisión no era el mecanismo idóneo para la oportuna protección de los derechos fundamentales del accionante, debido a que los defectos atribuidos al laudo no se ajustaban a las causales taxativas de procedencia, en este sentido la corte se pronunció al respecto:

“(…) En consecuencia, no es cierto que el demandante dispone de otros mecanismos judiciales de defensa de sus derechos fundamentales más idóneos y eficaces que la acción de tutela. El recurso extraordinario de revisión en este caso concreto, aunque se encuentra en curso, no es idóneo para lograr la pronta protección de los derechos fundamentales del tutelante, puesto que los defectos atribuidos al laudo no se encuadran dentro de sus causales taxativas de procedencia. Además, como se indicó en la sentencia T-058 de 2009, nada se opone a que un tutelante promueva simultáneamente la acción de tutela y otros recursos contra el laudo arbitral, cuando su alcance y naturaleza son distintos.” (Corte Constitucional, 2010)

Así se puede concluir que al aplicar el Control Constitucional sobre los laudos arbitrales, los recursos que proceden contra estas providencias, no son los más idóneos y eficaces para garantizar la protección constitucional de los derechos fundamentales, pues la legislación y la jurisprudencia restringen las facultades del juez que conoce de dicho recurso a la mera valoración de las causales previstas en las normas que regulan la materia.

3. El Control de Convencionalidad de los Laudos Arbitrales

3.1 Nociones Generales

Poco existe en el mundo jurídico con respecto a si un laudo arbitral que vulnere derechos fundamentales debe ser objeto de control de convencionalidad, las corrientes jurídicas muestran una interacción inadecuada entre los derechos humanos y los derechos que se tutelan en un laudo arbitral, de igual forma los múltiples sistemas jurídicos del mundo han establecido que el recurso de anulación, como único mecanismo procesal para invalidar un laudo estableciendo como requisito que solo podrá usarse cuando existan defectos de forma, lo cual limita y obstaculiza el acceso a un control que estudie aspectos sustanciales como violaciones a derechos humanos, normas convencionales contenidas en tratados internacionales de derechos humanos y que es deber de aplicación de los estados.

Lo cual evidencia que existe una fuerte negación para que los laudos arbitrales sean objeto de control de convencionalidad, es por ello que el semillero considero de vital importancia realizar un análisis desde el punto de vista del derecho comparado para establecer que mecanismos procesales existen en las diferentes legislaciones y doctrina del mundo que permitan realizar un control de convencionalidad en los laudos arbitrales, con el desarrollo de este capítulo se comenzara a relatar una historia que no ha sido contada, trasladándose desde Europa hasta América, desde Asia hasta África para finalmente aterrizar en Colombia

3.2 El Control de Convencionalidad de los Laudos Arbitrales en Europa

En Europa los organismos jurisdiccionales encargados de ejercer la protección del sistema regional de protección de derechos humanos han sido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (actualmente de la UE) respectivamente se convirtieron en los supremos intérpretes de los ordenamientos jurídicos que crearon los tratados constitutivos de uno u otro, es de esta manera que se podría afirmar que el control de convencionalidad nace en Europa, pues el deber de leal cooperación

de los Estados Nacionales para la implementación del derecho de la Unión es fundamental y desde hace más de 40 años que el TJCE (hoy TJUE) se ha preocupado por establecer que los tribunales nacionales deben dar primacía a este nuevo ordenamiento jurídico señalando que el derecho de la Unión es un “ordenamiento jurídico propio integrado en el sistema jurídico de los Estados Miembros”. Así según el principio de la autonomía, el derecho de la Unión posee aplicación inmediata, eficacia directa y primacía. Y en virtud de la primacía del DUE los tribunales nacionales deben inaplicar las normas nacionales y preferir este nuevo derecho (sólo aquellas normas que gocen de eficacia directa) basado en la integración económica y política. La Corte IDH probablemente motivada en los mismos propósitos que tuvo el guardián del derecho comunitario, es decir dar efectividad al derecho que no proviene de fuente nacional, lo más probable es que haya tomado este ejemplo y haya hecho recaer en los jueces nacionales la obligación de aplicar el DIDH. (Yañez Espinosa, 2010)

De igual forma el arbitraje es una institución aún más desarrollada en Europa que en América, lo cual nos permite estudiar la postura que ha realizado el Tribunal europeo de derechos humanos y la comisión

europea de derechos humanos con respecto a la aplicación del control de convencionalidad de los laudos arbitrales, cuando se vulneran normas de la convención europea de derechos humanos.

Los estados tienen numerosas obligaciones en cuanto a derechos humanos relacionados con el acceso a la justicia. El sistema de la Convención Europea de Derechos Humanos “CEDH”, establece la práctica más completa en este sentido. El Artículo 6.1 del CEDH establece que en la determinación de “los derechos y obligaciones de carácter civil”, toda persona tiene derecho a un juicio justo en un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial. En general, un Estado firmante del CEDH es responsable de garantizar el cumplimiento de esta norma en sus tribunales nacionales. También es cierto que la conducta del tribunal arbitral no es atribuible al Estado. (Kuijier, 2004) Sin embargo, la Comisión Europea de Derechos Humanos (la “Comisión”) ha señalado que:

Debe tenerse en cuenta el marco legislativo, con el fin de determinar si los tribunales nacionales conservan cierto grado de control de los procedimientos de arbitraje y si el control se ejerce adecuadamente en el caso concreto. (European Commission of Human Rights, 1995)

La Corte Europea de Derechos Humanos (la “Corte de Estrasburgo”) llegó a la misma conclusión en el caso Suovaniemi. El solicitante (Sr. Suovaniemi) argumentó que Finlandia violó el artículo 6.1 del CEDH, al negarse a anular el laudo arbitral dictado por un tribunal supuestamente parcial. Finlandia respondió que las irregularidades del procedimiento en los juicios arbitrales no podrían haber comprometido la responsabilidad del Estado Sede. La Corte de Estrasburgo rechazó este razonamiento y destacó que los Estados, antes de dar el poder coercitivo al laudo arbitral, tienen que asegurarse de que el laudo arbitral se produjo como resultado de procedimientos que se ajusten a las normas imperativas del procedimiento (Landrove, 2006).

Dichas normas imperativas han sido identificadas caso por caso por la Corte de Estrasburgo. Sin embargo, la jurisprudencia de la CEDH está dirigida al público en general. Por el contrario, los usuarios más prominentes de arbitraje internacional son las corporaciones comerciales. Cuando en un acuerdo entre empresarios existe una renuncia expresa al derecho a solicitar la nulidad del posible laudo arbitral, lo más probable es que las partes han previsto bien todas las posibles consecuencias. (Schultz, 2006) Por lo tanto, lo que es norma imperativa para el público en general, puede considerarse perfectamente renunciable para hombres de negocios informados. En cualquier caso, este factor no suprime la obligación del Estado de vigilar el cumplimiento de los procedimientos arbitrales con las normas mínimas de equidad procesal. Simplemente llama a establecer un umbral inferior para accionar ese derecho. Por lo tanto, antes de dar el efecto coercitivo al laudo arbitral, los Estados tienen que garantizar que el laudo se ha obtenido a través de un proceso llevado a cabo en cumplimiento de las normas básicas de equidad procesal. (Harris , 2009)

Es claro entonces que la aplicación del control de convencionalidad por parte de la convención europea de derechos humanos a los laudos arbitrales si es compatible en el ordenamiento jurídico europeo, aun cuando los estados europeos han alegado que la responsabilidad de los tribunales arbitrales por violaciones a normas convencionales no es aplicable al Estado, situación que ha sido de análisis por la comisión europea de derechos humanos. Pues el incumplimiento de las obligaciones asumidas en los tratados, instrumentos de regulación, y control de convencionalidad tienen por objeto común prevenir la responsabilidad internacional del estado. Sobre dicha premisa y con directa relación del control de convencionalidad de los laudos arbitrales, el tribunal europeo de derechos

humanos no dudo en condenar al estado italiano por las decisiones de las cortes de ese país de ejecutar la decisión judicial de un estado que no integra el convenio europeo de derechos humanos sin verificar si aquella satisfacía los estándares convencionales en materia de proceso equitativo, la corte puntualizo que esa revisión de control de convencionalidad resulta exigible cuando la decisión cuya ejecución se solicita emana de los órganos de un estado que no aplica el convenio y resulta especialmente necesaria cuando las implicaciones de la declaración de ejecutividad son de gran magnitud para las partes. (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 1996) Por ello el tribunal de Estrasburgo considero configurada responsabilidad internacional de Italia con base en que sus tribunales habían incumplido la obligación de verificar, antes de autorizar su ejecución, si la decisión externa había sido dictada en consonancia con el convenio.

La necesidad de cumplir con el marco del derecho comunitario de la unión europea, justifica entonces la aplicación de un control de convencionalidad, los tribunales arbitrales no pueden constituirse como parcelas de inmunidad en donde la aplicación de un control de convencionalidad sea ignorada, por el contrario, los laudos arbitrales también están sometidos al régimen convencional.

Siguiendo la línea jurisprudencial en Europa, se encuentra también la aplicación de un control de convencionalidad difuso ejercido por el tribunal federal de suiza al revisar la compatibilidad de la ley de derecho internacional privado de suiza con las normas del convenio europeo de derechos humanos, El Tribunal subrayó que efectivamente es necesario para garantizar el cumplimiento de las normas imperativas del CEDH antes de dar efecto coercitivo al laudo arbitral.

Es decir que según la jurisprudencia del tribunal federal de suiza es necesario que los árbitros realicen una interpretación de compatibilidad de los acuerdos arbitrales con normas convencionales respetando un derecho convencional como lo es el derecho a un proceso equitativo contenido en el artículo 6 del CEDH.

Pero esta historia aún no termina de ser contada y existen aún más crónicas que revelan como es el desarrollo de la aplicación del control de convencionalidad a los laudos arbitrales, casos como *OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos c. Rusia* (nº 14902/04 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 2004), sustanciado ante el TEDH, conforme al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales

(CEDH) (*BOE*, 10-10-1979) y sus Protocolos Adicionales y a las Reglas de Procedimiento de este Tribunal, resultan bastante ilustrativos para evidenciar la práctica de este control, A su vez, el caso que se presenta tiene origen en un primer procedimiento ante el TEDH. En efecto, en una primera sentencia de 20-9-2011, el TEDH declaró que el procedimiento interno incoado contra la demandante por supuestos incumplimientos de sus obligaciones tributarias correspondientes al año 2000 se realizó en contravención del artículo 6 del CEDH (derecho a un proceso equitativo); que las sanciones pecuniarias impuestas por dichos incumplimientos correspondientes a 2000 y 2001 fueron ilícitas y contrarias al artículo 1 del Protocolo Adicional al CEDH (derecho a la propiedad) y que en la fase de ejecución de estas sanciones las autoridades nacionales no realizaron un balance justo entre el objetivo legítimo que se perseguía con aquellos procedimientos fiscales y las medidas ejecutorias adoptadas, violando así el artículo 1 del Protocolo antes citado. En el caso que aquí se analiza, la demandante, basándose en el artículo 41 del CEDH (satisfacción equitativa), reclamó una indemnización de 37.981.000.000 euros por los graves perjuicios económicos que le causaron aquellas medidas ejecutorias. En su Sentencia de 15-12-2014, el TEDH decidió, por unanimidad, que la declaración de violación del CEDH y de su Protocolo Adicional contenida en su primera sentencia constituía por sí una reparación por daños no pecuniarios.

Se puede observar entonces del análisis legal que realiza el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de la base jurídica, es mucho más restringido que el que realiza el tribunal arbitral, al solo utilizar como fuentes la Convención Europea de Derechos humanos y los protocolos adicionales. Este desacuerdo fue mostrado por el tribunal arbitral al momento de emitir el laudo arbitral, mostrándose apreciables diferencias entre el tribunal arbitral y el tribunal de derechos humanos, como por ejemplo, Si en materia económica y fiscal existen interpretaciones diferentes entre ambos órganos judiciales, el tratamiento de las alegaciones de persecución de los directivos y de los empleados de la empresa fue homogéneo. No obstante, también en esta materia se observa que el tribunal arbitral estableció una compensación económica más cuantiosa que el TEDH, El tribunal empleó la prueba de los actos de persecución contra los directivos y empleados de la empresa como elemento para demostrar el daño económico a la empresa, mientras que el TEDH lo evaluó más como constitutivo de una violación autónoma de las disposiciones sobre derechos humanos, sin indagar en las consecuencias ulteriores de dichas violaciones.

Las diferencias entre el TEDH y el tribunal arbitral quedaron bien evidenciadas en la discusión sobre el embargo de Yuganskneftegaz, la filial más productiva y valiosa de Yukos:

“778. The effect of the auction on Yukos’ prospects did not escape the attention of the ECtHR, which acknowledged that YNG had been Yukos’ “only hope of survival.” It was “rather obvious” to the ECtHR that the choice of YNG as the first Yukos asset to be auctioned to satisfy Yukos’ tax debts was “capable of dealing a fatal blow to its ability to survive the tax claims and to continue its existence.” This Tribunal agrees. This Tribunal also agrees with the Quasar tribunal’s characterization of the seizure of YNG as an extreme measure capable of “drastic” consequences for Yukos.

779. Those “drastic” consequences will be important for the Tribunal’s determination of an appropriate valuation date for purposes of calculating damages. The dim prospects of resuscitation of Yukos after the “fatal blow” of the YNG auction are discussed in the next chapter on Bankruptcy”. (Aragones Molina, 2015)

Situación que crea una inseguridad jurídica en el sistema jurídico de Europa, pues existen dos resoluciones de un tribunal arbitral y un tribunal de derechos humanos, que han trazado su decisión con bases jurídicas diferentes, ante lo cual podríamos preguntarnos ¿a qué decisión están sometidas las partes, la del tribunal arbitral o la del tribunal de derechos humanos?.

3.3 El Control de Convencionalidad de los Laudos Arbitrales en América

La posición en América con respecto a la aplicación del control de convencionalidad en los laudos arbitrales está cubierta de una niebla lega, ello se debe a que muy pocos países americanos permiten al árbitro actuar como juez convencional, es más podría afirmarse que ningún estamento legal de algún país americano establece que el árbitro pueda realizar un control de convencionalidad o que sus decisiones estén sujetas a parámetros convencionales, claro esto se debe a la estigmatización del arbitraje como un mecanismo de solución alternativa al proceso donde solo se discuten aspectos enfocados en el derecho privado, como aspectos económicos y civiles, que no dan cabida para interpretaciones en conjunto con

tratados de derechos humanos, sin embargo el semillero en el estudio del derecho comparado encuentra un precedente donde se evidencia la aplicación de un control de convencionalidad por parte del tribunal arbitral para emitir el laudo.

El caso Flughafen Zürich A.G. y Gestión e Ingeniería IDC S.A. c. Venezuela (caso CIADI n° ARB/10/19), donde el tribunal arbitral invocó la Convención Americana de Derechos Humanos (CIDH) a la tramitación de una auditoría técnica sobre ciertos aspectos relacionados con la concesión para la construcción del Aeropuerto Internacional del Caribe Santiago Mariño, ubicado en la Isla Margarita. En particular el tribunal argumentó: “ 521. Existen también graves deficiencias en la Auditoría Técnica y en la tramitación administrativa.

522. La Auditoría Técnica fue ordenada el 2 de diciembre de 2005, inició sus trabajos el 5 de diciembre y el 12 de diciembre ya había dictado sus conclusiones “provisorias”. Estas Conclusiones se alcanzaron inaudita parte, sin que las Demandantes tuvieran oportunidad de alegar lo que a su derecho conviniera. Este gravísimo vicio procesal socava el valor de la Auditoría: es un principio básico de justicia que ninguna persona puede ser condenada sin antes haber tenido la oportunidad de hacer oír sus argumentos. (Artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos suscrita el 22 de noviembre de 1969 y artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos suscrito el 4 de noviembre de 1950).” (CIADI, 2010)

La referencia del tribunal a la CIDH para formular las obligaciones del Estado venezolano en materia procesal es oportuna, a la vista de que el 10-9-2012 este Estado denunció la CIDH. El hecho de que el órgano arbitral mencionara también la CEDH parece señalar que con independencia de la vigencia formal de cualquiera de estos convenios para el respectivo Estado, las normas sobre el debido proceso constituyen reglas generales de DI público por las que el Estado está vinculado. En este caso, el tribunal consideró que dichas reglas, demostradas a partir de dos convenios, eran suficientemente convincentes como para interpretar el requisito de legalidad de las expropiaciones que pueda decretar un Estado.

Es de gran notoriedad resaltar que el tribunal arbitral aplica un control de convencionalidad no solo de la convención americana derechos humanos sino también de la convención europea de derechos humanos, posición que encontramos correcto pues en nuestro parecer la aplicación del control de convencionalidad no solo debe estar sujeta a las

normas de la convención americana sino también de otros instrumentos internacionales, como la misma convención de nueva york y panamá.

3.4 El Control de Convencionalidad de los Laudos Arbitrales en Asia

Asia es un continente con países de tendencias culturales y políticas muy heterogéneas, es por estas razones que no existe un sistema regional de protección de derechos humanos que ejerza jurisdicción en aquellos casos en donde se viole una convención internacional de derechos humanos, sin embargo ello no impide que tanto los jueces nacionales como los árbitros puedan aplicar un control de convencionalidad a los tratados y laudos arbitrales, no obstante la tendencia el derecho asiático es a considerar que los derechos humanos no pueden ser interpretados en armonía en controversias arbitrales y económicas, pues su tendencia es mas a considerar que el derecho económico es de más importancia que los derechos humanos.

4. Propuesta:

Con el desarrollo de esta investigación y con la ayuda del estudio del derecho comparado se realiza la siguiente propuesta de investigación:

4.1 Aplicación del Control de Convencionalidad de los Laudos Arbitrales

El esquema del control de convencionalidad debe aplicarse en los laudos arbitrales, de igual forma que en el caso de la petición de tutela, la cual como pudo demostrarse ha logrado dejar sin efectos en varias ocasiones en Colombia, laudos arbitrales en donde existen procedimiento como el ad-hoc, en donde las partes pueden involucrar derechos fundamentales que no solo están protegidos dentro de un concepto formal de la Constitución sino dentro del margen del concepto material que involucra incluso lo establecido en la Convención Americana de Derechos Humanos.

El control de convencionalidad de los laudos arbitrales no es una causal de anulación de laudo, pero si debe entenderse como procedente en virtud de la protección de los derechos concebidos dentro de lo que se concibe es el bloque de constitucionalidad.

En el sistema jurídico colombiano existen 3 formas para lograr que se realice un control de convencionalidad: (i) mediante la revisión y anulación del laudo arbitral, (ii) mediante la nulidad del laudo por medio de una acción de tutela y (iii) por medio del sistema interamericano de derechos humanos.

4.2 Interpretación de Tratados Internacionales

Debe eliminarse aquellos paradigmas donde el tribunal arbitral solo interpreta el tratado o el contrato en razón de normas contractuales, y así evitar la fragmentación jurídica que al momento de fallar en los laudos arbitrales existe en los ordenamientos jurídicos del mundo.

Los contratos o tratados en los tribunales arbitrales y los laudos arbitrales deben interpretarse conjuntamente y en armonía con los tratados internacionales de derechos humanos, normas convencionales y otros instrumentos internacionales.

CONCLUSIONES:

El nacimiento del control de convencionalidad no se remonta a las sentencias de la corte interamericana de derechos humanos, desde la creación de sistemas regionales de protección de derechos humanos como el europeo se podría hablar de los primeros laboratorios de convencionalidad en el mundo.

El control de convencionalidad de los laudos arbitrales aun es un tema rodeado de una niebla legal, su desarrollo ha sido condicionado a si los árbitros deben actuar como jueces convencionales o no.

En nuestra opinión los árbitros deben aplicar el control de convencionalidad al momento de proferir los laudos arbitrales, pues hace honor a la parte más noble de la persona

del árbitro su razón y su conciencia al servicio de la justicia, lo que podría generar que se deje sin efectos un laudo arbitral proferido en equidad y dentro del desarrollo de un procedimiento como el ad-hoc, en donde los autores serán precisamente las partes.

Se cuestiona la aplicación del control de convencionalidad solamente al utilizar como base jurídica la convención americana de derechos humanos, cuando también existen otros tratados y tribunales que pueden aplicarlo.

Bibliografía

Aguilar Cavallo, G. (2013). El control de convencionalidad: análisis en derecho comparado. *Revista Direito* , 721-754.

Angulo Jacobo, L. F. (2013). El control difuso de convencionalidad en México.

Revista del Instituto de Justicia Federal , 71-90.

Aragones Molina, L. (2015). Crónicas sobre la solución de controversias en materia de inversiones extranjeras. *Revista electrónica de estudios internacionales* .

Benavente Chorres , H. (2012). El juez de control como garante de convencionalidad de las normas en el nuevo proceso penal mexicano. *Revista Estudios Constitucionales* , 159.

Caso Flughafen Zurich y Gestión e Ingeniería IDC S.A. c. Venezuela, 10/19 (CIADI 2010).

Caso Neftyanaya Kompaniya Yukos c. Rusia, 14902 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2004).

Caso Pellegrini Vs Italy, 39.388 (1996).

Caso Radilla Vs Estados Unidos Mexicanos (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2009).

Caso Tibi con Ecuador (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2004).

Ferrer Macgregor, E. (2010). Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. *Revista Universidad Autónoma de México* , 562.

García Ramírez, S. (2011). El control judicial interno de convencionalidad. *Revista del Instituto de ciencias jurídicas de Puebla* , 126.

Harris , D. (2009). *Law of the European Convention on Human Rights*. Reino Unido:

Oxford University Press.

Herrera Mercado, H. (2014). *La impugnación de laudos arbitrales*. Bogotá: Editorial Legis.

Kuijier, M. (2004). Applicability of article 6 ECHR at the blindfold of Lady justice. *Union Europea Wolf Legal Publishers* , 29.

Landrove. (2006). European Convention on Human Rights . *Impact on Censunsual Arbitration* .

Lopez Blanco, H. (2017). *Proceos Arbitral Nacional*. Bogotá: Dupre EditoresLTDA.

Nordstrom-Janzon (Erupean Comission of Human Rights 1995).

Sagues, N. P. (2015). El control de convencionalidad en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económicos y soles. *Revista Universidad Nacional Autónoma de México* , 381-417.

Schultz, T. (2006). *Human rights: a speed bump for arbitral procedures*.

Sentencia de Tutela, T-972 (Corte Constitucional 2007).

Sentencia de Tutela, T-058 (Corte Constitucional 2009).

Sentencia de Tutela, T-791 (Corte Constitucional 2010).

Valenzuela Villalobos, W. (2015). Dos teorías sobre la implementación práctica del control de convencionalidad difuso en Chile a patir de la experiencia mexicana. *Revista Universidad Nacional Autónoma de México* , 517=552.

Yañez Espinosa, M. (2010). El control de convencionalidad en el sistema interamericano de derechos humanos: Concepto, influencias y proyecciones en Chle. *Revista Virtual del Centro de Estudios de Derechos Humanos* , 100-108.